

# VU Research Portal

## Een besluitbevoegdheid is geen bevelsbevoegdheid

Brouwer, J.G.; Schilder, A.E.

### ***published in***

Nederlands Juristenblad  
2014

### ***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Brouwer, J. G., & Schilder, A. E. (2014). Een besluitbevoegdheid is geen bevelsbevoegdheid. *Nederlands Juristenblad*, 2014, 2159-2160.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# Een besluitbevoegdheid is geen bevelsbevoegdheid

Jan Brouwer & Jon Schilder<sup>1</sup>

**M**et veel belangstelling namen wij kennis van het artikel van Nan & Rogier<sup>2</sup> waarin zij het arrest van de strafkamer van Hoge Raad van 10 december 2013, nr. 13/01184 op goede gronden bekritiseren.

Voor de lezer roepen we nog even in herinnering waarover deze zaak gaat. Op grond van artikel 2.9 van de Amsterdamse APV kan de burgemeester aan iemand die zich in een overlastgebied schuldig maakt aan met name genoemde strafbare feiten een verwijderingsbevel geven. Wanneer een man een namens de burgemeester door een politieagent opgelegd verwijderingsbevel negeert, wordt hij door het OM vervolgd ter zake van overtreding van artikel 184 Sr: het opzettelijk niet voldoen aan een krachtens wettelijk voorschrift bevoegd gegeven ambtelijk bevel. Uit een uitspraak van de Hoge Raad van 29 januari 2008 (NJ 2008/206 en AB 2008/147) volgt evenwel dat het negeren van een bevel dat is gedaan krachtens een niet-uitdrukkelijk toegekende bevelsbevoegdheid – en dat is het geval in de Amsterdamse APV – niet het misdrijf van artikel 184 Sr kan opleveren. Verrassenderwijs ziet de Hoge Raad in de uitdrukkelijk toegekende bevelsbevoegdheid van artikel 172 lid 3 Gemw de wettelijke grondslag van het bevel. Bij de vaststelling van de ‘Mandaatregeling verwijderingsbevelen’ zou de burgemeester zijn bevelsbevoegdheid reeds hebben uitgeoefend.

Volgens Nan & Rogier gaat het om een onhoudbare constructie. Wij onderschrijven hun mening, maar wensen aan de lange lijst van redenen nog een – niet onbelangrijk – argument toe te voegen: de Hoge Raad gaat er aan voorbij dat er tussen de feitelijke handhaving van de openbare orde in artikel 172 Gemw en de reguliere, bestuursrechtelijke handhaving van de openbare orde door middel van besluiten een wezenlijk verschil bestaat. Een bevoegdheid tot het nemen van een besluit dient te worden onderscheiden van die tot het nemen van een bevel.

Een bevelsbevoegdheid maakt onderdeel uit van het instrumentarium van de burgemeester om de openbare orde feitelijk te handhaven. De feitelijke handhaving wordt in artikel 5:23 Awb de onmiddellijke handhaving genoemd. Het is vooral met behulp van deze handhavingsmodaliteit dat de burgemeester voor orde en rust zorgt. Zij kan van alles inhouden: van surveillance tot gebruik van geweld. Vanzelfsprekend speelt de onder hem ressorterende politie hierbij een essentiële rol.

Om die politie ter wille te kunnen zijn, beschikt de burgemeester over verschillende, hem door de formele

wetgever toegekende bevelsbevoegdheden. De meest bekende zijn de lichte bevelsbevoegdheid (artikel 172 lid 3 Gemw) en de noodbevelsbevoegdheid (artikel 175 Gemw). Maar er zijn er meer, bijvoorbeeld die in de Wet veiligheidsregio's en de Wet openbare manifestaties. Met behulp van een bevelsbevoegdheid kan de burgemeester tijdelijk de inhoud van het recht voor een persoon dan wel een groep van personen wijzigen. Die verandering heeft ten doel de feitelijke handhaving van de openbare orde door de politie te faciliteren.

Dat de burgemeester een bevelsbevoegdheid slechts tijdelijk en op incidentele basis kan inzetten, is bevestigd in de rechtspraak (zie: HR 23 april 1996, NJ 1996, 514 en ABRS 14 mei 1996, RAwb 1996, 108 m.nt. De Jong, JB 1996, 196 m.nt. BvM). Een bevel is weliswaar een wettelijk voorschrift, maar het is de raad die binnen de gemeentelijke bevoegdheidsverdeling over de gewone bevoegdheid tot regelgeving beschikt.

De politie beschikt ook zelf over bevelsbevoegdheden. Die in artikel 3 Politiewet is de bekendste, maar zeker niet de enige. In 2008 besliste de Hoge Raad dat deze impliciete bevelsbevoegdheid – zij wordt uit de taakomschrijving van de politie afgeleid – onvoldoende grondslag vormt om de niet-naleving van een zodanig bevel te kunnen kwalificeren als een misdrijf in de zin van artikel 184 lid 1 Sr. Daarvoor is sindsdien een uitdrukkelijk toegekende bevelsbevoegdheid noodzakelijk.

Een bevel is een verlegenheidsoplossing in een dringende situatie. Om die reden bepaalt artikel 5:23 Awb dat de Algemene wet bestuursrecht hierop niet onverkort van toepassing is indien zij strekt tot de onmiddellijke handhaving van de openbare orde. Dat is alleszins begrijpelijk, gerechtvaardigd en noodzakelijk. Zouden we aan een bevel dezelfde eisen stellen als aan een besluit, dan zou de handhaving van de openbare orde spaaklopen. Met een bevel dient de burgemeester of de politie immers acuut op te treden tegen een (dreigende) verstoring van de openbare

**Een bevel is een  
verlegenheidsoplossing in een  
dringende situatie**

orde. Van het op papier zetten van een bevel, van een zienswijzegesprek, van een begunstigingstermijn, van het aangeven wie welke norm overtreedt of gaat overtreden, kan – anders dan bij besluiten – vaak geen sprake zijn.

Gelet op dit ingrijpende en bijzondere karakter van het bevel, moeten we veronderstellen dat het toekennen van een bevelsbevoegdheid in een verordening in strijd is met de bovengrens. De formele wetgever moet geacht worden een dergelijk handhavingsinstrument uitputtend te hebben geregeld. De gemeenteraad kan eenvoudigweg niet een dergelijke bevelsbevoegdheid in het leven roepen. Spreekt de raad abusievelijk toch van een bevelsbevoegdheid – zoals in het Amsterdamse geval – dan gaat het gewoon om het toekennen van een bevoegdheid tot het nemen van een besluit inhoudende een gebiedsontzegging waarop de eisen van de Algemene wet bestuursrecht onverkort van toepassing zijn.

Dit betekent dat het – anders dan de Hoge Raad veronderstelt – in artikel 2.9 APV niet gaat om een bevelsbevoegdheid die inwisselbaar is met de lichte bevelsbevoegdheid in artikel 172 lid 3 Gemw. Het gaat om twee principieel van elkaar te onderscheiden handhavingsmodaliteiten. De vermeende bevelsbevoegdheid in de APV betreft een reguliere bevoegdheid om door middel van besluiten de orde te handhaven. De burgemeester kan simpelweg in zijn mandaatsbesluit niet de bevelsbevoegdheid van artikel 172 lid 3 Gemw op het oog hebben gehad.

De Hoge Raad geeft er al in zijn arrest van 2005 (HR 11 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS9222) blijk van het verschil tussen de feitelijke en de bestuursrechtelijke handhaving niet helder voor ogen te hebben. Dat valt om verschillende redenen goed te begrijpen. Bijvoorbeeld omdat burgemeesters tegenwoordig een bevel – met name het lichte bevel en het noodbevel – regelmatig in de besluitvorming gieten. Hierdoor lijkt het alsof het om een normale bevoegdheid gaat (zie L.D. Ruigrok, *Onmiddellijke handhaving van de openbare orde of bestuursdwang?* (diss. Groningen), Groningen: BJu 2012). Om echter van het belang van het onderscheid doordrongen te geraken, is het nuttig zich te realiseren dat verreweg de meeste bevelen dagelijks vormloos worden gegeven door de onder de burgemeester vallende politie.

Het veronachtzamen van het onderscheid feitelijke en bestuursrechtelijke handhaving leidt tot onwenselijk gevolgen in de gemeentepraktijk. Men is als gevolg hiervan gaan veronderstellen dat de taak van de burgemeester in artikel 172 lid 1 Gemw – ‘De burgemeester is belast

## Het veronachtzamen van het onderscheid feitelijke en bestuursrechtelijke handhaving leidt tot onwenselijk gevolgen in de gemeentepraktijk

met de handhaving van de openbare orde’ – betrekking heeft op de integrale handhaving van de openbare orde. De bepaling zou er dan toe verplichten om elke bevoegdheid die samenhangt met de orde in het openbaar aan de burgemeester toe te kennen (zie bv. Rb. Rotterdam 23 april 2013, nr. 11/197974-11, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ8887, AB 2014/436 m.nt. Brouwer/Schilder). Quod non!

De portefeuille van de burgemeester zou uitpuilen als we die gedachte consequent zouden doorvoeren. Hij zou belast worden met de uitvoering van tal van verordeningen waarvan de toepassing nu aan het college is: de Hondenverordening, de Reclameverordening, de Havenverordening, de Parkeerverordening enz., enz. Dat wil niet zeggen dat de burgemeester nooit dient te worden belast met de bestuursrechtelijke handhaving van de openbare orde. Het opleggen van een gebiedsontzegging is zozeer verweven met de feitelijke handhaving van de openbare orde dat het ondenkbaar is die bevoegdheid niet aan de burgemeester toe te vertrouwen.

Terug naar het arrest van 10 december 2013. Een enkeling beweert dat de Hoge Raad hierin de intentie had om de effecten van zijn voor het eerst in 2008 gestelde eis inzake de uitdrukkelijke toegekende bevelsbevoegdheid te mitigeren. Los van de vraag of dit daadwerkelijk de bedoeling is geweest, geldt wat ons betreft in deze zaak: niet elk doel heiligt het middel. •

### Auteurs

1. Prof. dr. J.G. Brouwer is hoogleraar Algemene rechtswetenschap aan de Faculteit rechtsgeleerdheid van de Rijksuniversiteit Groningen. Prof. mr. A.E. Schilder is hoogle-

raar Staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

### Noten

2. NJB 2014/1725, afl. 33, p. 2297